

LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SISTEMA DE INDICIOS DE LABORALIDAD.

M^a Yolanda Sánchez-Urán Azaña,
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

“La realidad social sobre la que el Derecho del Trabajo descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y característico de trabajo...” (M. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*; 6^a edic., 2007, p.50)

I. SOBRE UN TEMA UNIVERSAL Y ATEMPORAL: CONCEPTO DE TRABAJADOR Y FRONTERAS DE LABORALIDAD.

1. Planteamiento

Desde que el Prof. PÉREZ BOTIJA hablara de la avasalladora tendencia expansiva del Derecho del Trabajo¹, la evolución en lo que concierne a su ámbito, y, en principio, a la ampliación progresiva de su esfera protectora, se ha descrito sintéticamente como centrípeta, o de extensión aunque limitada para los incluidos progresivamente en su ámbito de aplicación; y centrífuga o de contención o de atenuación. Es éste, el de las fronteras de laboralidad y no laboralidad del trabajo prestado por una persona con finalidad económica (de subsistencia personal y familiar) en beneficio de otra a cambio de su remuneración, un problema que bien puede ser considerado atemporal o intemporal y universal.

Atemporal, porque es uno de los “compañeros de viaje” en la evolución del Derecho del Trabajo, de modo que permanentemente se ha de responder si su ámbito debe quedar circunscrito a las personas que se encuentran en situación de actividad (aquellos que desde una terminología comunitaria cabe definir como económicamente activas) o también ha de concebirse como un Derecho que refiere al prius y al posterior (más allá del empleo). Si solo en relación con los que realizan una actividad económica (en el sentido de trabajo socialmente útil), el Derecho del Trabajo es un medio de protección para todo aquel que vive de su trabajo (público o privado, dependiente o autónomo) o debe ser entendido como factor de

¹ PÉREZ BOTIJA, F.: *La naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, IEP, Madrid, 1943, pág.20

equilibrio entre quienes entablan una relación jurídica con otro por motivos de trabajo².

Como se sabe, no ha habido y no hay en la actualidad una posición unánime en la doctrina española; tampoco en la foránea. Y no se atisba tampoco una respuesta legal y/o jurisprudencial homogénea, aunque ciertamente los sistemas jurídicos de nuestro entorno no difieren sustancialmente. Si la dogmática laboralista no puede limitarse a plantear problemas, sino también y sobre todo tender a resolverlos, con la finalidad, se ha expresado acertadamente a nuestro juicio, de que se puedan manejar unos principios más o menos seguros y podamos ofrecer unos criterios de regulación “esencialmente operativos”³, parece que lo adecuado sea la extensión selectiva del Derecho del Trabajo, ahora en el sentido de fijar fronteras seguras a la que pudiera calificarse como tendencia expansiva cuasi-universal que pudiera desembocar en la vacuidad de los que se consideran rasgos esenciales de laboralidad.

El recurso a la tutela (o más ampliamente, la función y finalidad reguladora) que es propia de nuestra disciplina, debe discurrir a través del objeto bien definido, el del trabajo asalariado; la amplitud excesiva transmutaría el Derecho del Trabajo en un “Derecho Social” (en tanto que garantía de derechos sociales o tutela propia de la política social o de la acción social de los poderes públicos) o de forma más limitada en un “Derecho profesional”⁴, para incluir en su seno solo, pero a toda, actividad humana productiva. Se explicaría esa limitación en el tipo de empleo estándar que está en el origen de nuestra disciplina y el que puede ser considerado el tipo o regla que la explica y singulariza: la existencia del contrato de trabajo y las características propias de la relación laboral basada, no tanto en la debilidad o vulnerabilidad económica, sino en el modo o forma en que se desarrolla y ejecuta el servicio para otro a cambio de una remuneración como medio de subsistencia; de donde deriva en un plano técnico-jurídico la que se define como subordinación personal/organizacional u organizativa, es decir, la dependencia unida a la que se apunta en otros ordenamientos jurídicos, dependencia económica del trabajador, y en el nuestro se define como ajénidad porque no hay asunción de riesgo empresarial.

² Cuestión que plantea GARCÍA MURCIA, J.: “El Derecho del Trabajo ante el desafío del trabajo autónomo”, en AAVV: *Crisis, Reforma, Futuro del Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág.448.

³ GARCÍA MURCIA, J.: op.ul.cit., pág.448

⁴ En el sentido de Derecho referido al trabajador profesional, es decir “el hombre que vive habitualmente del fruto de su trabajo”, en el que cabe incluir al trabajador profesional por cuenta propia y por cuenta ajena. Véase, BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*; Edit.Tecnos, 18ª edic., p’g.42.

Desde esta perspectiva, avanzamos como conclusión, examinando la evolución reciente del Derecho del Trabajo, el nuestro propio y el de otros sistemas jurídicos, que lo que el Prof. MONTOYA MELGAR intuía, parece confirmarse. Decía el Maestro, hace ahora más de una década, “cabe intuir que el trabajo dependiente seguirá siendo (hasta donde valen los pronósticos razonables) el ámbito típico y más importante regulado por el Derecho del Trabajo, para cuya delimitación continuará siendo de máximo valor la categoría jurídica de la dependencia” (diríamos, el tipo)⁵.

No se puede hablar de Derecho del Trabajo en sentido estricto sin la existencia de un empresario que organiza, dirige y controla la prestación de servicios del trabajador. Por tanto, desde una perspectiva técnico-jurídica se ha de mantener la distinción entre trabajador asalariado y trabajo autónomo/independiente sin que ello implique, como un sector de la doctrina lo identifica, “crisis de cobertura del Derecho del Trabajo”; en el sentido de que parece atisbarse una discrepancia entre los trabajadores que requieren de protección y los que actualmente disfrutan de la misma, reclamando desde esta posición una ampliación excesiva del ámbito de aplicación o de cobertura a través de la sola evidencia empírica de que algunos de los que en la actualidad son considerados como trabajadores autónomos (*independent contractors*) son de hecho tan vulnerables o necesitados de tutela como los trabajadores asalariados o están sometidos a una relación caracterizada por la “desigualdad del poder de negociación”⁶. Remitiendo parcialmente a la famosa y clásica definición de Khan-Freund (que la orientaba solo al contrato de trabajo⁷) y que en la actualidad parece haber reverdecido en un amplio sector de la doctrina, también en la jurisprudencia foránea, como razón o justificación de cierre para reclamar esa amplitud. O también calificando la situación de obsolescencia de nuestro Derecho del Trabajo si confrontada con la necesidad o necesidades del “nuevo” mercado de trabajo.

⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”, en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dtor): *Libertad de empresa y Relaciones Laborales en España*; IEE, Madrid, 2005, pág.141

⁶ En este sentido WEISS, M.: “Re-Inventing Labour Law”, en DAVIDOV, G. y LANGILLE, B.: *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pág.49.

En su opinión, acertadamente a nuestro juicio, ese punto de vista (el de inclusión de todas esas relaciones de trabajo) deslegitimaría el Derecho del Trabajo definitivamente. Sugerente es su reflexión: “In my view these suggestions ignore not only the specif caracer of the employment relationship as indicated above but also the interrelationship of individual and collective mecanisms as means of protection. The changes of the employment reality as sketched above force labour law to be adapted to the new employment reality. But labour law is not to be misunderstood as a tool to compensate the position of the weaker party everywhere.For labour law this means that it has to respond to the new realities in the area of employment in its broadest sense but not to expand in overarching categories for all the miseries of the world. Then it would lose its function”.

⁷ Vid. KHAN-FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*; Editorial Comares, 2019, p.57 y ss.

Hay diferencias ciertas entre los trabajadores autónomos y los asalariados con fundamento en la dependencia/subordinación, aunque se trate de rasgos abstractos, que justifican aún hoy que sean sujetos de un tratamiento o una regulación diferente⁸. La tendencia doctrinal favorable a la eliminación de la distinción tiene o parece tener una razón más pragmática que jurídica, basada en el hecho de que la indeterminación de esos conceptos y por tanto la aplicación efectiva de la diferencia juega muchas veces, se dice, en manos de los empresarios con tendencia a la elusión de las normas legales laborales y, por tanto, a la tendencia fraudulenta de encajar la prestación de servicios al margen de las fronteras laborales. Es cierto, como veremos, que los conceptos son indeterminados, pero aún así la extensión cuasi-universal del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo (lo que podría denominarse subsunción en el tipo general de “trabajo para otro”) podría conducir inevitablemente, aun cuando se pretenda lo contrario, a rebajar los estándares de protección propios de esta disciplina. La diferencia entre el trabajador asalariado estándar y el trabajador autónomo estándar, es decir, la división binaria, tiene fundamento jurídico y es, a nuestro juicio, un elemento o rasgo de seguridad en la definición de las fronteras subjetivas de nuestra disciplina. No hay “desenfoque” alguno de nuestra disciplina desde esta perspectiva, aunque se indicara hace tiempo por la OIT que la legislación laboral apunta hacia una dirección y los trabajadores que necesitan de su protección se encuentran en otra.

Calificábamos el problema como “universal” porque está permanentemente abierto, permanentemente debatido y discutido en todos los sistemas jurídicos, tanto los de *common law* y sus influencias como en los continentales o de *civil law*; ocupa y preocupa a todos los actores y operadores jurídicos, también por supuesto a la dogmática laboralista española y foránea. Hay una rica y extensa literatura sobre esta cuestión en la doctrina, y no solo entre autores de países de la Unión Europea sino también extracomunitarios, que trasciende a las instituciones nacionales, comunitarias e internacionales en el intento de buscar soluciones convergentes a la cuestión sobre si extender o ampliar el ámbito de aplicación de esta disciplina jurídica o, por el contrario, restringirlo. Y si la opción fuera la extensión, con qué límites y a través de qué técnicas, requiriéndose entonces armonizar la finalidad de nuestro Derecho con los medios para conseguirla.

Es atemporal y universal la cuestión porque sobre ella gira uno de los retos que esta disciplina jurídica, como seña de su autonomía y especialidad, ha de afrontar a raíz de los cambios sociales, políticos, económicos e ideológicos producidos en los últimos años en un mundo globalizado. La que probablemente sea la más importante y debatida cuestión sobre el Derecho del Trabajo, acrecentada si cabe

⁸ DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.34, núm.3, 2014, pág.565

en las últimas décadas, de proyección teórica pero sobre todo en la práctica jurídico-laboral, tiene diferentes aproximaciones y, aunque a ella se responda también con propuestas entre los extremos opuestos, universalidad o restricción, debiera de nuevo reclamarse equilibrio y contención para hallar el nivel óptimo de cobertura o el ajuste adecuado del ámbito de aplicación.

Son muchas las razones que pudieran aducirse sobre la dificultad de determinar con precisión en qué caso una relación de trabajo es o no es laboral, a quién cabe definir como trabajador asalariado, quién haya de considerarse centro de imputación normativa de esta disciplina jurídica. Desde la perspectiva intrínseca a la base común histórica del Derecho del Trabajo hasta la influencia de factores extrínsecos, derivados de los cambios económicos, organizacionales y tecnológicos (digitalización de la economía, inteligencia artificial, robótica...), se duda en la actualidad si la consecuencia inevitable de esos factores es el debilitamiento subjetivo de esta disciplina jurídica o, por el contrario, hay que tender a una nueva reformulación expansiva utilizando para ello los instrumentos jurídicos varios que la historia y la realidad de los diferentes sistemas jurídicos manifiestan.

El análisis requiere de un enfoque o método para buscar el límite a la reformulación expansiva (si hubiera o no que poner un “objetivo de gran angular”⁹ y atraer a los trabajadores que se encuentran en la periferia de la subordinación jurídica pero son “económicamente” dependientes) y los medios o instrumentos reguladores que permitan alcanzar adecuadamente los objetivos en una interpretación finalista (de orientación anglosajona, conocida como “*purposive approach*”, basada en el “*relative bargaining power of the parties*”¹⁰) o teleológica (orientación en la Europa continental) del Derecho del Trabajo adaptada de forma contenida a la realidad de los diferentes sistemas jurídicos, que utilizan distintos métodos al respecto.

Apuntadas las razones, vayamos al enfoque. En este sentido, se podrían utilizar diferentes métodos de aproximación a la cuestión planteada, alguno de ellos, sin duda, complementarios, tanto para fijar el estado de la cuestión y las propuestas de futuro, con fundamento en la aproximación histórica, que tanto en nuestro país como en el resto, permiten afirmar que la existencia de “zonas grises” (la de situaciones en las que no es clara la frontera entre el trabajador asalariado y el trabajador por cuenta propia y autónomo o, en general, la de categoría histórica

⁹ En la expresión de BRONSTEIN, A.: “Retos actuales del Derecho del Trabajo”, “Retos actuales del Derecho del Trabajo”, *Rev.Latinoamericana de Derecho Social*, núm.2, 2006. P. 20.

¹⁰ Vid. al respecto, en la jurisprudencia británica, MCGAUGHEY, E.: *A Casebook on Labour Law*; Hart Publishing, Oxford, 2019, p.10.

que sirve para detectar cuáles son los problemas concretos de aplicación del Derecho del Trabajo -y del contrato de trabajo- en un momento determinado¹¹), es un rasgo que acompaña a la evolución de nuestra disciplina.

Es posible un análisis descriptivo, analítico y crítico de un determinado sistema jurídico (normas y jurisprudencia) para exponer las inconsistencias o deficiencias en la aplicación y los objetivos / supuestos ocultos, acompañado de un análisis del conjunto normativo para determinar si a uno se reconoce un importante elenco de derechos “laborales” o tiene derecho a todos, lo que lleva a trazar una línea entre un grupo de trabajadores que gozan de una sustancial regulación y otro que pareciera tuvieran que aceptar los dictados de la fuerza del mercado, analizando los criterios legales y jurisprudenciales del trabajador “asalariado”.

También se puede completar con un análisis comparativo entre diferentes sistemas legales nacionales¹², mostrando sus divergencias y convergencias, que puede ayudar en el análisis nacional sobre dos aspectos básicos en torno a la cuestión relativa al ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, y que se proyectan a través de dos técnicas jurídicas que pueden ser (como de hecho ocurre en algunos de los sistemas nacionales) yuxtapuestas o complementarias, formuladas con la finalidad de re-adaptar la tendencia expansiva de esta disciplina jurídica, de responder equilibradamente a la opción entre intentos de elusión (lo que se ha denominado debilitamiento progresivo de su ámbito de aplicación) y su extensión selectiva y limitada. Las dos perspectivas pueden calificarse, respectivamente, como interna (en relación con los caracteres o elementos estructurales de la relación jurídico-laboral); la segunda, externa, como respuesta legal a la extensión selectiva del ámbito de aplicación a través de las fórmulas que mejor convengan en cada momento.

2. Sobre los elementos estructurales de la relación laboral y del concepto de trabajador asalariado

En relación con la primera de las perspectivas, la cuestión se centra, también o más aún en la actualidad, en la búsqueda y en su caso, adaptación, del o de los elementos o rasgos estructurales utilizados en todos los sistemas jurídicos laborales para definir el centro de imputación subjetiva/objetiva de nuestra

¹¹ En la definición de MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual, 1980-2001”, *RMTAS*, núm.38, 2001, pág.31

¹² Esta perspectiva en DAVIDOV,, G., FREEDLAND, M y COUNTOURIS, N.: “The Subjects of Labour Law: ‘Employees’ and Other Workers”, en FINKIN, M. y MUNDLAK, G., (Eds): *Research Handbook in Comparative Labour Law*, E.Elgar, 2015.

Veáse también, CASALE, G (Edt.): *The Employment Relationship. A Comparative Overview*; Hart Publishing-ILO, Geneva, 2011.

disciplina jurídica y en cierta medida para contrarrestar los intentos de evasión o elusión, con la finalidad de que sea conceptualmente coherente. Ese concepto (con mayor o menor intensidad) es el de subordinación/dependencia, respecto del que se plantea su adaptación porque la continua transformación del Derecho del Trabajo, como seña de identidad, crea tensiones en los que se dice son sus componentes estructurales para contrarrestar en la medida de lo posible un enfoque simplista o insuficiente que tienda a ver solo al trabajador o como subordinado o como independiente porque puede haber trabajos no autónomos en sentido estricto, esto es, en los que aparece muy difuminada la subordinación jurídica estricta y formal, entendida como poder jerárquico del empresario sobre los trabajadores manifestado en tres rasgos o elementos interrelacionados, poder de dirección, poder de control, poder disciplinario¹³.

Son variadas las fórmulas adoptadas en los diferentes sistemas jurídicos nacionales para adaptar el concepto de subordinación/dependencia y, derivadamente, para diferenciar el tipo o estándar de trabajador autónomo del trabajador estándar o tipo asalariado.

Tanto en sistemas que adoptan una noción legal de subordinación (Italia¹⁴) como en otros donde o no hay definición de trabajador (Alemania, que sí lo define a efectos de Seguridad Social o Derecho Fiscal¹⁵). O donde tampoco se da una noción de dependencia o no se define el contrato de trabajo (Francia, que introduce una presunción legal de existencia y la inversa, de inexistencia, de trabajador autónomo¹⁶), aunque se cuenta con una definición jurisprudencial. O en fin, en aquéllos, como el español, con la fórmula bien conocida de definición legal de trabajador y conformación por la jurisprudencia del concepto de dependencia (también de ajenidad); se aprecia como rasgo común la búsqueda de sus indicios (la cuestión de hecho) como signos de exteriorización de la subordinación jerárquica para diferenciar el trabajo asalariado del autónomo, de trabajador autónomo, que en muchos países adolece de una definición positiva, siendo

¹³ CASALE G.: "The Employment Relationship: A General Introduction", en CASALE, G. (Edit.): *The Employment Relationship...*cit., pág.3.

¹⁴ Código Civil, Libro Quinto (Del Lavoro), Título I, Sección 2ª, **Art. 2094 Prestatore di lavoro subordinato**: El prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

¹⁵ PERULLI, A.: "Subordinate, Autonomus and Economically Dependent Wprk: A Comparative Anlysis of Selected European Countries", en CASALE, G.: *The Employment Relationship...*ci., pág.154 y ss

¹⁶ En la Sección correspondiente a trabajos ilegales (Section 3 : Travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié), definiendo las condiciones bajo la que puede ser aplicada la presunción de existencia de un trabajador autónomo y en cuales no. Art. .L 8221-6 del Código Laboral Francés (versión consolidada de 2015).

bastante más frecuente la definición a sensu contrario respecto del concepto de trabajador asalariado.

La convergencia (en el método y en contenido) de los diferentes sistemas nacionales, bien en el plano legislativo o, de forma más precisa en la conformación jurisprudencial¹⁷, puede describirse como influencia recíproca entre normas y jurisprudencia de distintos modelos nacionales y permite constatar cuál es la tendencia universal.

Por un lado, la conformación de test o indicios de la existencia de dependencia desarrollados por la jurisprudencia, tanto en los sistemas continentales como en los de common law. Si atendemos a los que han sido y siguen siendo más frecuentes en estos últimos sistemas jurídicos (más apegados a la construcción jurisprudencial), entre ellos *control test*, y los más flexibles *integration test*, *economic reality test*, *mutuality of obligations test* -tal vez el más importante y, a su vez, el más problemático-, *multi-factor test* -desde una perspectiva cuantitativa-, nos recuerdan, en gran medida, a los que ha ido configurando la jurisprudencia española y la italiana describe sintéticamente como “subordinación atenuada” o “colaboración -collaborazione” en la empresa. Y trascienden a la doctrina del TJUE, que, en gran medida influenciado por las definiciones legales y conformaciones jurisprudenciales nacionales del concepto, define la relación laboral desde una perspectiva comunitaria como “la realización por una persona, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, de ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”¹⁸.

Podríamos por tanto afirmar que los criterios e indicios están universalizados, en el sentido de su asunción desde hace tiempo por la OIT en su Recomendación núm.198 de 2006 ¹⁹ sobre “La relación de trabajo”, en la que

¹⁷ Véase el estudio comparado de la noción jurisprudencial, en especial entre sistemas de common law y sistemas de civil law, en COUNTOURIS, N.: “The Employment Relationship: a Comparative Analysis of National Judicial Approaches”, en CASALLE, G.: *The Employment Relationship...cit.*, pág.51 y ss,

¹⁸ Vid. al respecto, nuestro estudio “Concepto de trabajador”, en GARCÍA MURCIA, J. (Dtor): : *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp45 y ss y la bibliografía y las sentencias del TJUE allí citadas.

¹⁹ Aprobada en la 95ª Sesión de la Conferencia Internacional). Véase al respecto, sobre la incidencia de esa Recomendación en la normativa laboral de los Estados de la UE, ILO: *REgulating The Employment Relationship in Europe: A guide to Recommendation n.198*, Geneva, 2013.

Esta Recomendación (parágrafos 11 y 13, respectivamente) relaciona algunos indicios para determinar si existe relación de trabajo; entre ellos: 1) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y 2) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha

aquéllos se incorporan, y ha servido de orientación a sistemas nacionales como Irlanda, que ha publicado una Guía o Código de Prácticas para determinar cuándo se está ante trabajador asalariado o cuándo, por el contrario, ante trabajador autónomo²⁰.

Es frecuente que estos indicios se clasifiquen, normalmente en tres grandes bloques²¹, de mayor a menor fuerza o consistencia, de fuertes a más débiles de exteriorización de la dependencia, partiendo de la idea primera de la existencia de una relación personal, es decir, de que el trabajador lo es porque desarrolla personalmente el trabajo:

- 1) Indicios de los que derivan la existencia de una relación laboral y su ausencia sugiere lo contrario: integración del trabajador en la organización de la empresa y por tanto, sometido, aunque sea flexiblemente, a un control por parte del empresario, que retiene lo que podríamos denominar “derecho a controlar”; la ausencia de elección por parte del trabajador de cuándo y dónde trabajar; trabajo desarrollado para única o principalmente para otro; suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; no asunción de riesgos, beneficios y pérdidas, por el trabajador; mínima continuidad y estabilidad en el trabajo; ausencia de decisiones sobre cuestiones importantes de la organización empresarial; inversiones específicas en el trabajo por parte del empresario.
- 2) Indicios que apuntan a la existencia de un contrato de trabajo pero su ausencia no da certeza absoluta de lo contrario. Por ejemplo, un directo y permanente control; el derecho a vacaciones o descanso semanal o cláusula de no competencia.
- 3) Indicios cuya ausencia puede orientar contra la inexistencia de un contrato de trabajo, pero su existencia no es concluyente del opuesto. Entre ellos, cierta continuidad en el trabajo o remuneración, cualquiera que sea su cuantía y naturaleza.

remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Sobre esta Recomendación, en el sentido de guía “universalizada” para afrontar los cambios también nivel de la UE, véase BOSSE, C.: “ILO Recommendation 198, the Employment Relationship Recommendation”, in PENNINGS, F. and BOSSE, C. (Edit): *The Protection of Working Relationships*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2011; pág.15 y ss; KENNER, J.: “New Fronteries in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security”, en DOUGAN, M y CURRIE, S (Eds): *50 Years of The European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, pág.306.

²⁰ Code of Practice for Determining the Employment or Self-Employment of Individuals. <http://www.revenue.ie/en/practitioner/codes-practice.htm>

²¹ Véase, DAVIDOV, G.: *A Purposive Approach to Labour Law*, cit., pág.133 y ss

Esta graduación de indicios se utiliza también por la dogmática española, aunque con una clasificación y enumeración no exactamente coincidente con la anterior ²² y tiene reflejo, como posteriormente se analizará con más detenimiento, en la jurisprudencia española, aunque no haya correspondencia absoluta en torno a los que haya que considerar esenciales. En lo que ahora interesa, en tanto que regla general al efecto, se mantiene por la Jurisprudencia española la distinción entre indicios esenciales/indicios que “o bien resultan marginales o deben ceder antes los de mayor fuerza” (STS de 8 de febrero de 2018, Rec.3389).

Por otro lado, y también como reflejo universal, se duda de si hubiera que fijar o no un límite al proceso de readaptación del concepto de dependencia, porque la labor interpretativa y la concreción aplicativa deben trazar cierta dosis de certidumbre sobre sus diferentes significados para adaptarlos a los nuevos modos de producción y a las nuevas situaciones de trabajo. Con la cuestión, que en todo caso habrá de resolver el legislador, de si cupiera, sin adulterar el tipo, considerar que bajo la expresión “ programación del trabajo por parte del empresario” se incluyeran todos aquellos supuestos en los que se exteriorizara una “subordinación imperfecta”²³.

3. La extensión selectiva de la protección “laboral”

Por lo que refiere a la segunda de las perspectivas anunciadas, la externa o de fijación de subfronteras, hay una realidad convergente entre muchos sistemas jurídicos. La estrategia normativa cabría definirla como de “fragmentación deliberada”²⁴, en el sentido de que son varios los métodos o técnicas que se utilizan para extender selectivamente la protección laboral²⁵ a formas de trabajo en las que puede quedar muy limitada la nota de subordinación (apareciendo ésta en muchos casos relativizada o virtualmente inexistente, incluso), en su acepción de estar bajo el control directo y permanente de un empresario (lo que podría

²² Ver al respecto MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, 3ª edic., Atelier, Barcelona, 20154, p.50, que clasifican los indicios de laboralidad en tres grandes bloques: Indicios fuertes (trabajar exclusiva o preferentemente para una misma empresa; percibir de la empresa una remuneración fija y periódica. Indicios medianos (trabajar en las instalaciones de la empresa; sujetarse a la realización de jornada y horario; no detentar poderes inherentes a la titularidad de la empresa; recibir órdenes de la empresa). Indicios débiles (régimen de seguridad social en el que se halla encuadrado el trabajador)

²³ PERULLI, A.: “The notion of Employee in Need of redefinition?”, Annual Conference: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalization, European Centre of Expertise in the Field of Labour Law, Abril 2017, ejemplar multicopiado.

²⁴ WASS, B.: “The Legal Definition of the Employment Relationship”, *ELLJ*, Vol.I, 2010, núm.1, pág.51

²⁵ También denominadas “técnicas plurales de laboralización material”, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La noción de trabajador y el ámbito de la norma laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, núm.3, 2019, p.4

traducirse por dependencia personal), al que se reconoce una potestad de dirección y control del trabajo (sobre qué, cómo, cuándo y dónde). En cualquier caso, con sus aciertos o inconvenientes o imperfecciones, se trata en principio de técnicas que, en cierto modo, pretenden dar seguridad jurídica para responder de forma ajustada a las nuevas formas de trabajo que pudieran no encajar en la tradicional distinción binaria entre trabajador asalariado y trabajador autónomo.

¿Cuáles son las técnicas o métodos que se usan o pudieran utilizarse por los diferentes sistemas nacionales?. Una, la de sub-regímenes para diferentes categorías de trabajadores (con diferentes derechos laborales) –en la que podría quedar encajada la de las relaciones laborales de carácter especial de nuestro sistema jurídico-. O la de figuras híbridas en la legislación laboral sin necesidad de tener que verificar si existe dependencia jurídica (*“lien de subordination juridique”*, Francia²⁶). O la introducción de nuevas nociones que permitan la extensión selectiva de la protección laboral (tal es el caso de la “colaboración coordinada y continuada” y la “collaborazioni organizzate dal committente” en Italia²⁷) para

²⁶ Vid. Artículos L 781-1, L 7321-1 y L 7322-1 del Code du Travail

²⁷ Así el art.2094 del CC italiano define el trabajo por cuenta ajena/subordinado y el elemento clave es la sujeción personal del trabajador a las órdenes, poder organizativo y poder disciplinario del empleador; por otro lado el art.2222 del Código Civil define el contrato de servicios (*“contratto d'opera”*) en virtud del cual “un trabajador autónomo realiza trabajo o servicios a cambio de una remuneración, principalmente a través de su propio esfuerzo y en la ausencia de una relación de subordinación con respecto al principal”. Sin embargo, hace más de 40 años el legislador italiano introdujo un supuesto de autoempleo que ha sido erróneamente considerado como una categoría intermedia. La Ley Nº 533 de 1973 modificó el párrafo 3 del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil por la que se declaraba aplicable la legislación relativa a la solución de conflictos laborales a agentes comerciales y a todas las relaciones contractuales que impliquen una ejecución continua de trabajo, principalmente de carácter personal, aunque no en posición de subordinación (*collaborazione coordinata e continuativa*, la llamada Co.Co.Co.). En 2015 se introduce el art.2 por el D.Legislat.81/2015 (Job Act), que, bajo la rúbrica *Collaborazioni organizzate dal committente*, extiende la protección “laboral” a quienes prestan un trabajo personal y continuado en el que la forma de ejecución está organizada por el comitente, incluso en lo que se refiere al lugar y al tiempo de trabajo . En 2017 se modifica el art.409 del C.p.c. para referirse a la *colaboración coordinada y continuada genuina*, entendida por tal la referida a colaboradores que organizan su trabajo de forma independiente pero de conformidad con el acuerdo de coordinación que hayan aceptado mutuamente las partes.

Se resume afirmando que, en la colaboración hay que distinguir, si el desempeño del trabajo es organizado por el cliente o principal (*collaborazione etero-organizzata*), el colaborador debe ser tratado como un empleado (trabajador asalariado); si por el contrario el trabajo se organiza de forma autónoma, aunque en coordinación con el cliente (*collaborazione coordinata*), la actividad queda fuera del ámbito de la legislación laboral. Esto es, la *collaborazioni organizzate dal committente* exige prestación ejercida bajo el poder de organización de éste, de modo que el committente interviene en los métodos de ejecución del servicio, así como en el momento y lugar de ejercicio de la actividad; y el co.co.co., en el que la coordinación del servicio no puede interferir su condición de trabajo por cuenta propia y por tanto, se realiza con plena autonomía en la organización del trabajo . Véase al respecto, PERULLI, A.: “Il Jobs Act del lavoro autónomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro”, WP CSDLE “Massimo D’Antona, IT, 341-2017. Puede consultarse en http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20171020-085836_perulli_341-2017itpdf.pdf; también FIORILLO, L.: “Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione”, WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT,

trabajadores a los que no cabe definir como trabajadores asalariados. O la de asimilar (extensión selectiva total o parcialmente) a los trabajadores típicos a aquellos que cumplen con un mínimo requisito o nexo “laboral”. Asimilación de los trabajadores no subordinados pero dependientes económica y socialmente de otros, dependientes de un único o preferentemente empleador o cliente en cuanto a ingresos y cobertura de necesidades²⁸; o trabajadores quasi-subordinados o económicamente dependientes²⁹). Trabajadores, en fin, que no están sujetos a un control directo y permanente del empresario (dependencia personal, asimilada a subordinación) pero que dependen económicamente de otro y están coordinados en su prestación de servicios por éste.

Aún hoy queda abierta la cuestión de si es operativo o no en los diferentes ordenamientos jurídicos crear un grupo intermedio, híbrido, para dar cobertura a los que cupiera entender que están entre los tipos trabajador asalariado y trabajador autónomo, con la finalidad de dotarles de cierta protección legal “laboral”. No hay, aún en día, una posición unánime en la doctrina sobre algunas de las cuestiones más importantes; no hay consenso en torno a si la dependencia económica es o debe ser el criterio que permita delimitar el ámbito de aplicación personal de esta categoría y, en consecuencia, cuál deba ser la mejor opción para configurar su extensión personal³⁰ y, derivada de la misma, el grado de protección “laboral” que debiera otorgarse a estos trabajadores. Al respecto, y teniendo como ejemplo la figura del *worker* en Gran Bretaña ³¹ -al que un sector de la doctrina

368-2018, puede consultarse en
http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20180711-084944_Fiorillo_n368-2018itpdf.pdf

²⁸ DAVIDOV, G.: “Setting Labour Law’s Coverage...”, cit., pág.559

²⁹ WASS, B. “The Legal Definition...”, cit., pág.54

³⁰ DAVIDOV,, G., FREEDLAND, M y COUNTOURIS, N.: “The Subjects of Labour Law: ‘Employees’ and Other Workers ...”, cit., pág.15, estiman que en la mayoría de países actualmente esos grupos intermedios son restrictivos en dos aspectos, por un lado, en lo que refiere al ámbito de ese grupo y por otro, en cuanto a los derechos reconocidos. Destacan que en la mayoría de ordenamientos se exige una cierta “subordinación” lo que restringe, y mucho, su ámbito.

³¹ Art.230 (3) de la Employment Rights Act (ERA). Se define “employee” como “an individual who has entered into or works under...a contract of employment”; y “worker” como “individual who has entered into or works under...a) a contract of employment or b) “any other contract, whether express or implied and (if its is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes *to do or performer personality any work or services for another party* to the contract whose status is not by virtue of contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual”.

Desde la doctrina británica, se indica que el término “worker” responde a la finalidad de redefinición de una categoría intermedia, la del “dependent contractor” si se interpreta el término como trabajador “dependiente”, vid. DAVIDOV, G.: “Who is a Worker”, *ILJ*, núm.34, Vol.1, 2005, pág. 61

denomina *dependent contractor*-; o *employee-like* en Alemania ³², pudiera tenerse en cuenta los indicios convergentes que pudieran definir esa categoría intermedia; entre ellos: 1) la naturaleza personal del trabajo o predominantemente personal; 2) ausencia de un directo contacto con el mercado; 3) exclusividad o cuasi-exclusividad de la relación contractual, de la que deriva la dependencia económica, configurada a través de varios criterios, por ejemplo, uno cuantitativo, número de horas, días, semanas...que el trabajador presta servicios para solo una persona; o en sentido remuneratorio (salario recibido de uno de los clientes en un porcentaje determinado); 4) Relación funcional del trabajador y de su actividad a la compañía o empresa; 5) Ausencia de directrices pero presencia de un poder de coordinación en la ejecución del contrato; 6) Duración estable de la relación³³.

Criterios, parece, que bien pudieran encajar en los indicios o criterios de “laboralidad” que en sentido flexible convergen en los diferentes sistemas nacionales y, por tanto, permitirían interpretar que no definen categoría intermedia o híbrida alguna sino de encaje en el concepto adaptado y redefinido de trabajador asalariado.

Otra cosa, distinta, aunque relacionada con la anterior, es el concepto, definido, preciso, positivo que debiera adoptarse de trabajador autónomo cuando hoy se aprecia que el tipo no es único, con caracteres heterogéneos, en especial en los que cabe definir como “trabajadores autónomos de segunda generación”³⁴, y, por consiguiente, la protección legal que al respecto pudiera adoptarse en los diferentes ordenamientos jurídicos.

³² En Alemania se incluyeron en primer lugar en el Derecho Procesal Laboral y después en el Colectivo, véase section 12 a) de la Ley sobre contratos colectivos (Tarifvertragsgesetz), en la que se definen como sujetos a dependencia económica (como opuesta a dependencia personal o subordinación). WASS, B.: “The Legal Definition...”, cit., pág.55

³³ PERULLI, A.: “Subordinate, Autonomus and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries”, en CASALE, G. (Edit.): *The Employment Relationship...*, cit., pág. 175

³⁴ En la evolución económica y social de los últimos años se aprecian, cuando menos cinco tipos de trabajadores autónomos: Empresarios, que dirigen sus negocios con la ayuda de empleados; Los «profesionales libres» tradicionales que, para poder ejercer su profesión, deben cumplir con requisitos específicos, respetar las normas y los códigos obligatorios y pasar a menudo los exámenes que se enumeran en los registros públicos. Pueden contratar trabajadores, pero, con algunas excepciones, generalmente realizan sus actividades solas o en asociación con otros profesionales y con la ayuda de un número limitado de empleados, si los hay; Artesanos, comerciantes y agricultores, que representan las formas tradicionales de autoempleo. Estos trabajadores autónomos trabajan a menudo con sus miembros de la familia y posiblemente un pequeño número de empleados; Trabajadores autónomos en ocupaciones calificadas pero no reguladas, a veces denominados «nuevos profesionales»; Trabajadores autónomos en ocupaciones no calificadas, que dirigen sus negocios sin la ayuda de los empleados, pero a veces pueden ser asistidos por miembros de la familia. Ver EUROFOUND, *Self-Employed Workers: Industrial Relations and Working Conditions*, 2009; https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/comparative/tn0801018s/tn0801018s.pdf (última visita, mayo 2017)

La complejidad de la que comenzamos calificando como cuestión universal y atemporal se concluye con la reflexión final sobre el fin y los medios. La delimitación del ámbito personal del Derecho del Trabajo no se puede orientar sin una clara finalidad de protección legal; no se trata solo de pensar sobre la finalidad del Derecho del Trabajo sino también sobre los medios; no solo quién sino también cómo. No solo la cuestión sobre si y con qué extensión los trabajadores cuasi-dependientes deben ser protegidos (si basta una reformulación de conceptos o debe orientarse a una completa reconversión de la relación laboral). También respecto de la categoría heterogénea de trabajadores autónomos, apreciándose al respecto una acrecentada tendencia del que se dice fenómeno de “los nuevos trabajadores autónomos” o en sentido peyorativo el de “falsos autónomos” (en terminología inglesa “bogus self-employed workers”) como consecuencia de la crisis y del aumento del temporal desplazamiento de trabajadores y la movilidad transfronteriza con ausencia de un marco legal común que pudiera fijar la protección mínima de sus derechos económicos³⁵. Son numerosos los estudios que demuestran que determinados tipos de autónomos trabajan o prestan servicios de forma precaria en otros países, y en particular en la UE se habla de una nueva dimensión del “dumping social” porque la movilidad de los falsos autónomos compite con el desplazamiento de trabajadores asalariados. Sin duda, la regulación comunitaria sobre la libertades económicas, en particular, la libertad de establecimiento cuando el autónomo es un trabajador o persona física y la libertad de servicios cuando se centra sobre todo en servicios (por ejemplo, construcción), ha permitido que se distorsione unas libertades que estaban orientadas a un tipo de trabajador autónomo y a una actividad empresarial basada más en el sector industrial. Atentos habrá de estarse a los pasos que a ese nivel puedan darse en el futuro.

II. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE LABORALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. EL SISTEMA DE INDICIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL ORDEN DE LO SOCIAL

El ordenamiento jurídico español ha optado por una distinción binaria, trabajador asalariado y trabajador autónomo, y atendiendo a la perspectiva segunda de la que se dio cuenta supra, se añaden diferentes subfronteras, entre el contrato de trabajo común y diversas modalidades contractuales o entre el contrato de trabajo tipo y relaciones laborales especiales; o en fin, entre el trabajo

³⁵ MULLER, F.: “Cross-border mobility of “Bogus” Self-Employed Workers: a Lack of Legal Framework coupled with Protection of Economic Rights”, *ELLJ*, Vol..5, 2014, No.3-4, pág. 308

asalariado y el trabajador autónomo tipo y entre aquéllos y el trabajador autónomo económicamente dependiente, TRADE.

Si nos atenemos a esta última perspectiva, el legislador español marca una doble frontera, entre el TRADE y el asalariado por un lado, con la finalidad de prevenir la simulación o el uso a veces desviado de esa figura contractual frente al contrato de trabajo; y entre el TRADE y el autónomo tipo u ordinario, por otro, porque se entiende que aquél se encuentra en una situación de vulnerabilidad (económica) que requiere de una cierta tutela legal de su estatus contractual. Es verdad que en todas estas formas de trabajo, asalariado y autónomo, convergen ciertos rasgos, como veremos, y que al menos teóricamente, la frontera entre el asalariado y el TRADE se fija con cierta precisión, atendiendo a que éste último desarrolla su actividad con criterios organizativos propios; no puede confundirse en su actividad con el trabajo ejecutado por los empleados asalariados de la empresa principal; ha de disponer de infraestructura productiva y material propios; percibe una contraprestación económica en función del resultado de su actividad. No obstante la formulación de la frontera teórica, la utilización de las reglas legales en el devenir de la relación de prestación de servicios no está exenta de dificultad; pese a la aparente claridad normativa, la ausencia de subordinación estricta pero la autonomía limitada del TRADE - que lleva a la que pudiera entenderse en gran medida como laboralización material (asimilación a los asalariados en el reconocimiento de ciertos derechos)- se ha proyectado en la práctica en los fenómenos de “huida hacia...”, del trabajador asalariado al TRADE y de éste al autónomo ordinario, cuando paradójicamente la figura del TRADE se ideó con la finalidad de cerrar cualquier posibilidad al “falso autónomo”. Como bien se ha expresado, “las tendencias centrífugas de huida del Derecho del Trabajo, también lo son de adicional huida de la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente”³⁶, tal vez derivada de la intensa limitación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico que requiere afrontar la nada fácil y sencilla doble delimitación de sus fronteras conforme al diseño legal; por un lado respecto del trabajo subordinado y por otro, respecto del resto de los autónomos.

Si nos fijamos en la primera situación fronteriza, cabe poner como ejemplo los supuestos planteados respecto de trabajos prestados para ciertas plataformas digitales de reparto, de los que aún no ha conocido el TS, y el de trabajos desarrollados en el marco de la descentralización productiva y de la colaboración externa³⁷. La respuesta jurisprudencial se ha escrito de la forma siguiente:

“El actor no es un trabajador autónomo de este tipo (TRADE), entre otras razones, porque no ha quedado acreditado que realice una actividad económica o profesional a título

³⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El trabajo autónomo económicamente dependiente en España”, *D.L.*, núm.98, 2013. Vol.II, pág.25

³⁷ Al respecto, NAVARRO NIETO, F.: “El trabajo autónomo en las zonas grises del Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de RRLL y Derecho del Empleo*, Vol.5, núm.4, 2017, p.60 y ss

*lucrativo y de forma habitual, personal, directa; lo que constituye requisito imprescindible para que pueda darse la figura. La constatada existencia de dependencia en el caso examinado excluye que estemos en presencia de un trabajo autónomo. La regulación del trabajo autónomo no ha modificado en modo alguno la delimitación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, y no ha asimilado los trabajadores "económicamente dependientes" a los trabajadores dependientes. El legislador ha despejado posibles dudas para evitar la asimilación al trabajo asalariado del trabajo autónomo económicamente dependiente, precisamente para evitar que a través de esta figura puedan simularse formas de trabajo auténticamente subordinado; y lo ha hecho determinando negativamente un espacio externo al trabajo no autónomo, de acuerdo con el artículo 1 LETA, que sigue muy directamente los rasgos delimitadores del campo de aplicación del RETA, al definir la figura de trabajador autónomo como "las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena", exigiendo en el caso de los autónomos económicamente dependientes, además, entre otras previsiones, la formalización escrita del contrato, la posibilidad de acuerdos de interés profesional, la regulación de la jornada, de las interrupciones justificadas de actividad profesional y de la extinción contractual"*³⁸.

El legislador español a lo largo de estos años ha mantenido la definición de trabajo asalariado en torno a los requisitos jurídicos de voluntariedad, retribución, carácter personal de los servicios prestados, ajenidad y dependencia, recepcionando la definición jurisprudencial española de "estar dentro del círculo rector o esfera organizativa de otra persona", esto es "estar dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (art.1º.1 ET). Se dice que el contrato de trabajo es un tipo especial frente al arrendamiento de servicios, lo que recurrentemente exige contraponer uno a otro, introduciendo una regla que, mayoritariamente en la doctrina, y acogida reiteradamente por la jurisprudencia, se califica como "presunción de laboralidad", art. 8º ET. Se excluyen expresamente determinadas prestaciones de servicios personales para otro, art.1º.3 ET. Se incorpora alguna nueva relación laboral especial. Y se opta por una definición a sensu contrario de trabajo autónomo (en contraposición al trabajo asalariado) como aquél que se presta *por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona*" (art.1º.1 LETA).

Alguna precisión inicial sobre el método legal. En primer lugar, avanzar, como explicaremos más detenidamente después, que hay rasgos comunes entre el asalariado y el autónomo. En segundo lugar que el rasgo fundamental de distinción gira en torno a que el trabajo se realice de forma autónoma o no, tanto en su desarrollo como en su ejecución, sin sujeción por tanto a la dirección, control y poder disciplinario de otra persona en los términos que definen el trabajo

³⁸ SSTs de 24 de enero de 2018, 3394/2015 y 3595/2015; 8 de febrero de 2018, 3389/2015

asalariado. Y por último, que si bien normalmente respecto de los trabajadores autónomos se cumple también el requisito de falta de ajenidad (realizando, por tanto, su trabajo por cuenta propia), en no pocas ocasiones la asignación o atribución del resultado de su trabajo recae sobre otro y para la actividad contratada puede ocurrir que la organización empresarial del autónomo quede condicionada a las decisiones del empresario-cliente que lo contrata.

Y en lo que refiere al TRADE, es cierto que el legislador ha optado por incluirlo en la esfera del trabajador autónomo, de modo que, como se indicaba por el TS en sentencia supra, puede convenirse que conceptualmente el legislador no lo asimila a trabajador asalariado, sino que es una modalidad de trabajo autónomo. Pero también lo es, como veremos, que la tendencia jurisprudencial hacia la que se dice flexibilización del rasgo de dependencia laboral en cierto modo introduce confusión y falta de certeza en la distinción entre ésta y la exigencia legal o requisito de definición legal del TRADE relativo a que éste deba cumplir con los requerimientos técnicos del cliente que lo contrata; siendo indiscutible que pueden referirse al lugar y al tiempo de prestación de servicios o a la cantidad o calidad del servicio prestado.. Cuanto más se diluya el concepto “indicaciones técnicas” en aras a ampliar el campo de aplicación del TRADE, y a su vez se flexibilice el de dependencia laboral para ampliar el ámbito de aplicación del trabajo asalariado, se habrá de hecho asimilado ésta a la dirección, organización, o si se quiere coordinación, a la que también queda sometido el TRADE Si ello es así, se habrán diluido las fronteras y, en gran medida, se habrá distorsionado la finalidad de la norma, que pretendía trazar dosis de seguridad en la delimitación entre ambos tipos de trabajo³⁹, los dependientes en sentido “clásico” o tradicional de los autónomos “coordinados” o en gran medida hetero-organizados por el cliente.

Sobre este diseño normativo se ha proyectado a lo largo de estos años la interpretación judicial y jurisprudencial de los criterios legales de laboralidad.

1. Las dificultades del método. Mutaciones de la realidad social y calificación formal de la relación jurídica

Es cierto que el análisis sobre la concurrencia de los criterios de laboralidad en los casos concretos y conflictivos, encierra la dificultad propia del método, sistema indiciario, cuasi universal, que requiere de la presencia y constatación de determinados hechos a los que se califica como indicios.

³⁹ Expresa al respecto PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La noción de trabajador...”, cit. 4: “No existe sometimiento a poder de dirección y control ajeno sobre la realización del trabajo por cuenta propia, pero sí al menos la eventualidad de indicaciones técnicas provenientes sobre la organización del trabajo, lo que no deja de ofrecer un flanco de oscuridad para la plena inteligencia del supuesto. Cuándo hay “dirección y control” por parte del empresario y cuándo por parte del cliente “indicaciones técnicas” es algo que, desde luego, tan solo el propio legislador parece tener claro”.

La subsunción de los hechos o indicios en los rasgos o requisitos de laboralidad puede presentar algún inconveniente cuando se trata de describir los rasgos esenciales de una prestación de servicios en la que pueden presentarse cambios más o menos profundos derivados de la realidad social y económica que experimenta el trabajo desarrollado para otro a cambio de una retribución o remuneración. Lo que hace que la cuestión sea sumamente casuística, apegada al caso y supuesto concretos. Ya es común hablar, también en la actualidad, de aspectos o fenómenos, interrelacionados en muchas ocasiones; entre ellos, los cambios tecnológicos, que alteran en muchos casos la manifestación o exteriorización de indicios típicos de laboralidad y que influyen o repercuten en los de carácter organizativo y productivo. De ahí que el debate actual en nuestro ordenamiento jurídico no difiera del que se produjo en el pasado y tampoco del que se presenta ante los tribunales de otros países. Se manifiesta de nuevo ante los cambios profundos de la realidad social y económica y trasciende hacia una orientación conceptual (esto es, si están o no superados los elementos sustanciales en torno a los que se trazan la delimitación de la frontera del contrato de trabajo; si, en su caso hay que actualizarlos o reformularlos; si, en definitiva hay que apostar por la dependencia económica o por la ajenidad en el mercado....); y otra práctica, de resolución de los supuestos conflictivos, atendiendo a las nuevas formas de prestación de servicios y, en consecuencia, a lo que fueran nuevos hechos o indicios que requieren de la misma operación de subsunción en los criterios.

Si la dificultad de aplicación de los criterios de laboralidad proviene de la cada vez más compleja y heterogénea realidad normada, el método requiere en primer lugar fijar con precisión los hechos probados en las resoluciones judiciales, y posteriormente la confrontación o contradicción que permita al TS admitir el recurso de casación para unificación de doctrina, a cuyo través se pueda elevar esta cuestión, la de calificación jurídica de una determinada relación contractual, a la solución general y de cierre por el tribunal que ostenta la máxima jerarquía en nuestro sistema jurisdiccional ordinario.

La posibilidad de que el examen de la contradicción pueda entrar en el TS, cuando se trata de dilucidar sobre la calificación jurídica de la relación de prestación de servicios con base a supuestos de hecho, parte de analizar comparativamente los que se estiman probados en las resoluciones de contraste. En este sentido, en la sentencia de 7 de noviembre de 2017 (Rec.3573/2015) recuerda que la STC 40/2014 configuró tal recurso como extraordinario, cuya finalidad es garantizar la homogeneidad de su doctrina y lograr la interpretación uniforme de la Ley, evitando la dispersión doctrinal derivada de la existencia de varios Tribunales Superiores, sirviendo así al principio de igualdad en su aplicación y al principio de seguridad jurídica.

Desde la perspectiva de la configuración del recurso, surge el interrogante siguiente: ¿es posible la concurrencia de identidad entre los hechos relevantes acreditados en cada caso cuando se trata de apreciar si hay o no relación jurídica laboral?; ¿qué aspectos resultan relevantes desde la perspectiva del presupuesto procesal de la contradicción cuando la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, tal y como ocurre cuando el debate se centra en los términos en que ha de interpretarse el alcance del art.1.1 ET?. Es cierto que a lo largo de estos años hay pronunciamientos diversos de la Sala IV del TS; en unos se descarta el examen del tipo de relación existente entre las partes por no concurrir la necesaria similitud entre los hechos comparados; en otros, por el contrario, se aprecia la suficiente identidad y hay pronunciamiento sobre el tipo de vínculo.

Advirtiendo que para el TS no es anómalo que sobre unos mismos hechos haya valoración distinta por los diferentes órganos jurisdiccionales (o, lo que es lo mismo, que ante una misma realidad haya lecturas diferentes), se convendrá también que el uso del método indiciario en nuestro ordenamiento jurídico requiere que se precisen los indicios relevantes o determinantes, esto es, aquellos que puedan considerarse decisivos en orden a calificar la laboralidad o la no laboralidad de la relación cuestionada, y se haga atendiendo a la finalidad a la que sirve el recurso de casación para unificación de doctrina. Advierte el TS al respecto,

“ante la realidad social actual en la que proliferan las prestaciones personales de servicios que se articulan bajo el amparo de diversos contratos civiles y mercantiles, le corresponde a este Tribunal, en cumplimiento de su responsabilidad de unificación doctrinal, remarcar con carácter general y aplicar, en cada caso, las notas específicas que definen el contrato de trabajo a fin de que los órganos judiciales puedan realizar con respaldo jurisprudencial claro su difícil labor de resolver cada uno de los conflictos que sobre tales cuestiones se les vayan planteando” (STS de 8 de febrero de 2018, Rec.3389/2015)⁴⁰.

Es así como “el manual” o “guía” de aplicación del método indiciario debe explicitar, al menos, a nuestro juicio algunos de los criterios previos o premisas de análisis en relación con la calificación jurídica que hayan adoptado las partes y su confrontación con las reglas legales.

En relación con la realidad manifestada, es habitual tachar de “fraudulenta” toda calificación previa por las partes que no coincida con el contrato de trabajo; o proclamar que la relación jurídica formalizada encubre un “falso autónomo”, con intención de alertar con prejuicios respecto de lecturas de la realidad condicionada por el contrato extralaboral. De modo que es habitual incidir sobre las reglas preventivas que se dice establece nuestro ordenamiento jurídico contra la

⁴⁰ Reitera doctrina de anteriores sentencias, entre ellas SSTs de 24 de enero de 2018, Rec. 3394/2015 y 3595/2015, respectivamente.

“ocultación” de la existencia del contrato de trabajo; y se reiteran por jueces y tribunales presupuestos previos o preventivos a la hora de abordar la labor de calificación jurídica en el caso concreto conflictivo planteado, e incluso se unen factores sociales y económicos, de naturaleza no jurídica, como pudiera ser el de la dependencia económica.

Avancemos alguna respuesta en torno a esos criterios preventivos, analizando brevemente uno de ellos, es el la calificación formal.

Nos ilustra el voto particular a la STS sobre “tertuliano”, STS de 19 de febrero de 2014, Rec.3205/2012, que

“reconocer capacidad a la voluntad de las partes en la calificación contrato realizado puede resultar una guía útil para desbrozar los supuestos en los que la determinación del carácter laboral o no del vínculo contractual presenta tales dificultades, siempre que no lleve a resultados que se oponen a la función institucional del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector de la parte que se encuentra en una posición más débil. Aquí esta función no está en juego y las partes han sido muy explícitas a la hora de descartar la naturaleza laboral de la relación. Probablemente incluso algunas condiciones pactadas -como, por ejemplo, la retribución-podrían explicarse en ese contexto que queda alterado de forma significativa por una declaración ex post de laboralidad”.

Lo que parece dar a entender que no se debe a priori partir de que la calificación formal (no laboral) efectuada por las partes encierre en realidad una imposición de quién recibe la prestación hacia quien, como trabajador, está en una posición de inferioridad o vulnerabilidad. Con independencia del criterio económico-retributivo evaluador de la necesidad de protección del ordenamiento laboral⁴¹, la vulnerabilidad económica, la dependencia económica, no es un elemento que permita delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y no es un rasgo exclusivo de quien trabaja en régimen de laboralidad

Aquella observación, sutil y de enorme trascendencia, pudiera tener reflejo en la actualidad cuando en general se trata de definir zonas grises en las que hay cierta autonomía en la ejecución de la prestación de servicios. Pero hasta la fecha no ha sido adoptada por el TS, insistiendo, por el contrario -utilizado también en otros tribunales foráneos- en el criterio de la primacía de los hechos⁴², que directa

⁴¹ En este sentido, CASAS BAAMONDE, M^a E.: “Las fronteras móviles del contrato de trabajo y la función institucional del Derecho del Trabajo: los periodistas tertulianos”, en AAVV: *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*; Edit.Tecnos, 2016, p.75.

⁴² Principio que se propuso inicialmente por el Parlamento Europeo en su Informe sobre la Directiva relativa a condiciones transparentes y previsibles en la UE (art. 14 bis, Primacía de los hechos, “la determinación de la existencia de una relación laboral se guiará por los hechos relativos a la ejecución real del trabajo y no por el modo en que las partes describen la relación”). Y que en el texto finalmente adoptado el 16 de abril de 2019, aparece de soslayo en el Considerando 8, cuando expresa: En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación

o indirectamente, implícita o explícitamente parece estar en relación con la regla no escrita de la diferente posición o “poder de negociación” de las partes. Surgiendo al respecto varias cuestiones: ¿cuándo la realidad fáctica debe prevalecer sobre el nomen iuris que puedan dar las partes a la relación que conforman?; ¿cuándo hay que confrontar la calificación formal dada por las partes y la realidad material; ¿cómo discernir que ha habido en su caso imposición por el empresario y posición de vulnerabilidad del trabajador?. Y no se trata de que pueda utilizarse este argumento cuando, como se advierte, “haya una calificación errónea o interesada” (STS de 18 julio 2018, Rec.2228/2015), porque, indudablemente o bien se trata de un prejuicio o es el resultado final de la operación valorativa, la conclusión de la aplicación del método indiciario. Requiere el método, en primer lugar, que las partes en conflicto presenten indicios de laboralidad y de extralaboralidad respectivamente, y entonces analizar en cada caso el real contenido obligacional, las prestaciones realmente llevadas a cabo en relación con la calificación formal previa de las partes, fundamentalmente el cambio de prestación de servicios por retribución, y la concurrencia o no de los requisitos que determinan la laboralidad. La primacía de los hechos es de aplicación general conforme a la teoría general de los contratos, y debe entenderse, en sentido recto, que no toda calificación extralaboral de una relación de prestación de servicio conlleva de suyo una “presunción de fraude” porque, como advierte el TS, la línea divisoria entre el contrato de trabajo y, particularmente, el de arrendamiento de servicios, en los que coincide el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios, no es nítida ni en la doctrina, ni en la legislación ni siquiera en la realidad social (tal como recuerda, entre otras, las SSTS de 8 de febrero de 2018, REc.3389/2015 o la de 18 de julio de 2018, Rec.2228/2015).

Es así como la guía jurisprudencial debiera adoptar una regla de contención para evitar que esta premisa (realidad material del tipo de relación establecida entre las partes más allá de las formalidades externas) se utilice siempre en sentido negativo, esto es, para advertir que no resulta relevante la calificación jurídica extralaboral que le otorguen las partes al contrato celebrado entre ellas,

que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. **Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios.** El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. **El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral**, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. *La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación.*

despreciando en todo caso los elementos queridos por ellas o la inclusión de cláusulas respecto de las que se demuestra, no obstante, que han tenido efectividad en el caso concreto. Aunque haya situaciones o prácticas fraudulentas de simulación en algunos casos; porque, el fraude no se presume y lo contrario equivale de hecho a invertir siempre la carga de la prueba, tal y como ha manifestado el TS en la STS de 18 de mayo de 2018, Rec.3513/2016, relativa a cooperativas de trabajo asociado. Se dice al respecto que corresponde “a la cooperativa la carga de probar que desarrolla una actividad real en beneficio de sus socios”. Y ésta regla, no prevista legalmente, permite en todo caso soslayar la voluntad real y efectiva de las partes, esto es, la celebración de un contrato no laboral cumpliendo con los criterios establecidos en el desarrollo de la prestación.

2. Las dificultades de calificación. El transfondo técnico-jurídico

La calificación técnico-jurídica del trabajo prestado para otro en nuestro ordenamiento jurídico es compleja porque es heterogénea la tipología contractual, las formas de contratación del trabajo, para dar cobertura jurídica a la prestación de servicios en régimen de alteridad, sea civil, mercantil o laboral.

Sigue siendo un rasgo que define el discurso jurisprudencial contraponer contrato de trabajo-contrato civil de arrendamiento de servicios, como rémora del origen del Derecho del Trabajo, advirtiendo, también como premisa del método indiciario, que éste, el contrato de arrendamiento de servicios es el género, mientras el contrato de trabajo es la especie. En la realidad de la evolución jurisprudencial, y pese a que esta primera afirmación se mantiene en la “guía” más actual de delimitación⁴³, convendríamos que el arrendamiento de servicios, civil/mercantil, es hoy una figura residual en el plano técnico-jurídico, si bien ha cobrado fuerza en el plano de la realidad o manifestación del acuerdo contractual entre las partes, en aquellos casos, entre otros como advierte la doctrina⁴⁴, de aumento de supuestos de descentralización productiva en las empresas. A lo que se podría añadir que en muchos casos la realidad manifiesta que, aunque la cobertura de la relación jurídica de prestación de servicios sea formalmente un contrato civil o mercantil de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra, no

⁴³ Cabe citar como ejemplo, la STS 16 de noviembre de 2017, Rec.2806/2015, asunto “traductores e intérpretes”, F.D.3º: “En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral”.

⁴⁴ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: *Formas alternativas de contratación del trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*; 2007, Edit.Aranzadi, p. 55 y ss

se oculta por las partes –y deriva de la descripción de los hechos/indicios- que en la ejecución de la prestación de servicios hay una cierta “dependencia” en términos de coordinación o de hetero-organización. Si ello es así, no cabría afirmar de forma tajante que ésta, la dependencia, pueda tener la virtualidad delimitadora del contrato de trabajo, aunque así se mantenga por la jurisprudencia tal vez como una tendencia continuista que exige contraponer ambas figuras contractuales bajo la óptica de la finalidad tuitiva o protectora del Derecho del Trabajo.

Las dificultades de delimitación del contrato de trabajo si confrontado con otras figuras contractuales se ha intentado solventar a lo largo de estos años con la utilización también en esa “guía” jurisprudencial de la denominada *presunción* de existencia de contrato de trabajo. En efecto, es habitual leer en las sentencias actuales del TS que el art.8º.1 ET encierra una presunción iuris tantum de laboralidad entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe (SSTS de 8 de febrero de 2018 y de 18 de julio de 2018, citadas) o una *tenue* presunción (STS de 7 de noviembre de 2017, Rec.3573/2015). Es cierto que la argumentación del TS sobre la concurrencia de la presunción ha variado sustancialmente a lo largo de estos años; si hace tiempo para el TS bastaba que se probara la prestación de servicios para que entrara en juego la “presunción”, no se puede obviar que el precepto estatutario exige que haya una prestación de servicios cualificada con las notas de ajenidad y dependencia.

De ahí que levemente el discurso se haya modificado, siendo habitual en la actualidad que en las resoluciones del TS se utilice como elemento de cierre de la argumentación, previa constatación de los indicios o hechos probados y una vez concluida la operación subsuntiva de la que deriva la “concurrencia de las notas típicas de la relación laboral”. Se utiliza como obiter dicta en muchas resoluciones, para afirmar que además, opera en el caso la presunción de laboralidad. Es innecesario y de hecho reduce, por no decir elimina, cualquier resquicio tendente a su virtualidad como instrumento para calificar como laboral a supuestos en los que no queden acreditados hechos de los que se infiera que hay relación de ajenidad o dependencia⁴⁵. Siendo la presunción un método de fijación de hechos y no de calificación jurídica, no admite dentro de su estructura situaciones jurídicas ni categorías jurídicas, como es el contrato de trabajo. De modo que debiera eliminarse de la “guía” jurisprudencial para evitar que se pueda atribuir la condición de laboral a supuestos no suficientemente probados⁴⁶.

⁴⁵ CASTRO ARGÜELLES, M^a.A.: *Formas alternativas de contratación...*cit, p.55

⁴⁶ GIL PLANA, J. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*; Ecit.Thomson-Civitas, 2008, pp.108-11

3. *Sobre los rasgos no esenciales de laboralidad*

Avancemos en la aplicación del método indiciario, determinando qué requisitos o rasgos son los que deben exteriorizar los hechos concurrentes en el caso concreto.

Es habitual, como se sabe, distinguir, entre los requisitos legales, los que cabe definir como esenciales frente a los no esenciales para la calificación jurídica del trabajo prestado para otro.

Entenderíamos por esenciales, los necesarios y determinantes en tanto que deciden y resuelven la operación jurídica. Y por requisitos no esenciales (aunque necesarios) aquéllos que, comunes o compartidos entre el trabajo asalariado y el autónomo tipo, no permiten distinguir a uno de otro⁴⁷, entre el contrato de trabajo y otras formas alternativas de contratación de servicios.

No son esenciales la habitualidad, la retribución, y el carácter personal de la prestación de servicios o lo que cabe entender como trabajo personalísimo⁴⁸.

La habitualidad, desde una perspectiva temporal, frente a la ocasionalidad o marginalidad o carácter esporádico, refiere al ejercicio continuado de la actividad para otro. No es elemento constitutivo del contrato de trabajo, que admite que haya encargos concretos y diferenciados (tal y como ocurre en la STS de 16 de noviembre de 2017, Rec.2806/2015, relativa al supuesto de prestación de servicios a demanda de interpretación y traducción); de modo que es irrelevante en el supuesto concreto que haya o no pacto de exclusividad o que haya pacto de no exclusividad. De hecho, la exclusividad, con límites, se prevé en el TRADE (arts. 1 y 11 LETA). Advertido por el TS en la sentencia supra, “que no desvirtúa la laboralidad el hecho de que no conste régimen de exclusividad”, también cabría afirmar lo contrario.

Tampoco es esencial de la laboralidad la ausencia de “libertad” para aceptar o rechazar los encargos concretos, que en numerosas ocasiones se une al dato de que haya pacto expreso de exclusividad o a que hubiera algún riesgo por no aceptación (normalmente reiterada) o premio en caso de aceptación. Téngase en cuenta que la STS de 7 de noviembre de 2017, Rec.3573/2015, en relación con la prestación de servicios de músicos en una orquesta sinfónica, destaca, como elemento o rasgo de no laboralidad que aquéllos “poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos (no siendo sancionados si faltan)”.

⁴⁷ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M^a y GARCÍA RUBIO, M^a.A.: “Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma” en PÉREZ DE LOS COBOS OIHUEL, F. (Dtor): *El trabajo en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, 2018, p.46 y ss.

⁴⁸ Por el contrario, el TS, sentencia de 7 de noviembre de 2017, expresa que se han de considerar esenciales la voluntariedad, retribución y compromiso personalísimo de desarrollar la actividad.

Ya se trate de una relación laboral o de una relación extralaboral, es decir, tanto si se ha pactado un contrato de trabajo como si hay un previo acuerdo de colaboración extralaboral, el posible riesgo a que no se le vuelva a llamar si no aceptara el encargo existiría del mismo modo. DE ahí que aún en caso de TRADE, se planteara la cuestión siguiente: ¿es consustancial o síntoma de autonomía que este prestador de servicios disponga de facultad para aceptar el encargo del cliente?. Se trata, cualquiera que sea la fórmula jurídica, de una obligación de prestar servicios según los términos previstos en el contrato; y si éstos no se cumplen, incumplimiento contractual de una obligación, sea o no laboral. Cuando, como ocurre en la realidad actual, en algunas ocasiones el trabajo se desarrolla a través de encargos concretos y diferenciados, individualmente retribuidos, parece que no puede utilizarse como indicio de laboralidad pero tampoco de lo contrario; se trate de trabajos asalariados o autónomos puede haber un mínimo de actividad garantizado por ambas partes, y por tanto en ambos la valoración de la libertad para aceptar/rechazar encargos debe girar del mismo modo en relación con el riesgo de que no se le vuelva a llamar (STS de 16 de noviembre de 2017, traductores).

La retribución (consustancial al carácter lucrativo de los servicios prestados) , cualquiera que sea el tipo de prestación de servicios, se diferencia de una mera compensación económica por gastos (tanto en el trabajo asalariado como en el autónomo). Fuera de este caso, y como quiera que cada vez son más diferentes (y admitidas) las formas que puede adoptar la retribución, entre ellas, la de pago por tarea realizada, o en función de las actuaciones realizadas, cantidad fija y periódica determinada por la demandada en proporción con la actividad prestada, se convierte, de existir, en un criterio neutro o vacuo en la calificación jurídica. (STS de 16 de noviembre de 2017, Rec. 2806/2015).

Tampoco lo es el carácter personal, el que el TS ha denominado “compromiso personalísimo de desarrollar la actividad”. Como adelantamos, se admiten en la jurisprudencia excepciones, esto es, sustitución, más o menos esporádica⁴⁹, residual o incluso la de cierta reiteración; con el límite, parece, de la subcontratación. Pero, sin duda, cuando se trata de discernir sobre la laboralidad o no del vínculo jurídico, todo apunta a que si hay libertad por parte del prestador del servicio para buscar sustituto, y en el desarrollo de la relación acordada hay manifestación real, efectiva y con entidad suficiente de esa posibilidad de sustitución formalmente pactada, habría que concluir, necesariamente, que es indicativa de la existencia de una cierta capacidad organizativa del trabajador, y

⁴⁹ Vid, al respecto, traductores e intérpretes, STS de 16 de noviembre de 2017, Rec.2806/2015: ...” carece de entidad suficiente para desvirtuar la nota de trabajo personalísimo el hecho de que fuera sustituido esporádicamente por familiares, de acuerdo con la doctrina sentada en la STS de 25 de enero de 2000, Rec.582/1999”.

con ella de la ausencia de dependencia⁵⁰. Aspecto diferente, atendiendo a las subfronteras en nuestro ordenamiento jurídico y a la respuesta legal al respecto, es que en caso de apreciarse la libertad de sustitución se pudiera concluir que el prestador del servicio es un TRADE. Recuérdese que, conforme al art.11.2 LETA, éste no puede tener a su cargo a trabajadores por cuenta ajena (salvo en los supuestos previstos legalmente) y tampoco contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros. Debiera por tanto, adoptar una posición unánime al TS al respecto porque no puede ser y no ser al mismo tiempo; recuérdese que la STS de 7 de noviembre de 2017, sobre prestación de servicios de músicos, declara que no hay relación laboral cuando ... aquéllos “organizan su propia sustitución si su instrumento es imprescindible (para el ensayo o concierto)...”.

4. Sobre los rasgos esenciales de laboralidad

Del elenco de rasgos legales se reducen a dos, ajenidad/dependencia, los criterios o rasgos que pudieran concebirse como sustanciales, necesarios y determinantes de la calificación jurídica de laboralidad. Respecto de ellos, es lugar común comenzar el discurso acerca de la dificultad técnico-jurídica, derivada del que se estima alto grado de abstracción o indeterminación de las notas o rasgos, en especial, el de la dependencia. La regla jurisprudencial al respecto, bien conocida, se sintetiza en la afirmación siguiente:

... “tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción y, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación”.

La estrecha relación, puede ser entendida en un sentido doble. Por un lado, en la concreción del método indiciario, indicando al respecto se exige su concurrencia; por otro, en su delimitación conceptual.

Si desde la primera, habría que indagar si se trata o no de requisitos cumulativos, de modo que su ausencia, la de uno u otro, o la de ambos, situara el trabajo prestado fuera de las fronteras de laboralidad, contraponiendo entonces el trabajo en régimen de ajenidad y dependencia al trabajo por cuenta propia y autónomo. Es cierto que se afirma en la jurisprudencia que, si falta alguno de los requisitos de laboralidad, hay que entender que la prestación de servicios queda al

⁵⁰ LUJÁN ALCÁRAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*; Madrid, 1994, pp.327-333

margen del contrato de trabajo⁵¹; pero el proceso valorativo se complica cuando la realidad demuestra que, como bien ha explicado la doctrina, puede presentarse un trabajo por cuenta propia en régimen de dependencia (el trabajo en cooperativas de trabajo asociado), y un trabajo que puede calificarse como autónomo pero en régimen de ajenidad o alteridad⁵².

Aunque dogmáticamente se sigue expresando la duda en torno a la virtualidad calificadora de esos requisitos, así como si han o no de concurrir, y si UNO deriva del otro; si una, la dependencia, es o no una manifestación de la otra, la ajenidad, de la realidad social y económica se aprecia que la nota que define de forma más precisa la laboralidad es la que refiere al modo en que se desarrolla y organiza el trabajo por cuenta ajena. Al respecto cabe afirmar, puesto que el legislador no ha optado formalmente por una vía alternativa de establecer una figura intermedia de semi-laboralidad, que los jueces y tribunales han de resolver casos en los que hay un trabajo para otro (en los frutos, en la utilidad patrimonial, en el mercado...) pero se constata que solo en sentido laxo puede hablarse de dependencia personal u organizativa, o, más sencillamente, resultando dudoso calificar en el supuesto que hay dependencia laboral porque se constata en la prestación de servicios ausencia de una plena autonomía organizativa propiamente dicha aunque haya coordinación por el comitente. Ésta situación, resuelta en algún país de nuestro entorno como vimos supra, adoptando la fórmula de ejecución organizada por el comitente (Italia), y no asumida por el legislador español, es la razón tal vez de que se haya avanzado, implícitamente, hacia una teoría gradual del requisito de dependencia; confundiendo con la graduación de los signos de exteriorización que la pueden hacer visible, y, al final, convergiendo indicio-concepto cuando se concluye afirmando en ocasiones que el indicio de laboralidad (hecho) coincide con la propia definición de dependencia. Esto es con “la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empresario”, y el indicio de no laboralidad con el reverso, “ausencia de organización propia del trabajador”.

Utilicemos la fórmula sintética que el TS manifiesta en la STS de 8 febrero 2018, Rec.3389/2015; dice al respecto:

“ La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aún en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato”⁵³.

⁵¹ Reitera en varios pasajes la STS de 7 de noviembre de 2017, que “recordemos, asimismo, que la quiebra de cualquiera de tales predicados impide que estemos ante un contrato de trabajo”; o que “la quiebra de uno de los caracteres esenciales del contrato de trabajo impide que el mismo exista”.

⁵² Vid., CRUZ VILLALÓN, J.; “El concepto de trabajador subordinado frente a la nuevas formas de empleo” RDS, núm.83, 2018, p.26

⁵³ Vid. también entre otras SSTS 24 enero de 2018, Rec.3595/2018 o 18 de julio de 2018, Rec.2228/2015

¿Qué cabe entender por ajenidad, respecto al régimen de retribución?- Es cierto que aún hoy nos preguntamos por el significado de ajenidad cuando se le han atribuido diferentes acepciones, en los frutos, en la utilidad patrimonial, en los riesgos, en el mercado (con la variante, por un sector de la doctrina, de la ajenidad en la marca) o en la titularidad de la organización empresarial....De modo que las distintas acepciones presentan diferentes criterios para definir en qué se concreta la alteridad del trabajo para otro y respecto de cada una de ellas, o de todas en su conjunto, se aprecia flancos para su consideración como rasgo, formalmente esencial, definidor sin fisuras de la relación laboral.

Algunas consideraciones al respecto. La ajenidad en los riesgos, la que se describe como no asunción de responsabilidad por el buen fin de las operaciones en las que participa el trabajador, conecta inevitablemente con la retribución, en el sentido de retribución mínimamente garantizada, cuando, no puede olvidarse, el autónomo goza de esa garantía en el art.10.1 LETA.

En lo que refiere a la ajenidad en el mercado, cabría entender que el trabajador autónomo ofrece sus servicios al mercado mientras el asalariado se los ofrece a un empresario que a su vez los pone en el mercado. Lo que se ha definido como “asunción de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público”⁵⁴. De modo que siempre que hubiera un sujeto interpuesto entre el mercado (usuario final) y la persona que presta el servicio, ésta debería ser considerada trabajador asalariado.

Debe advertirse que el TS utilizó esta acepción de la ajenidad, la del mercado, como elemento o rasgo sustancial en la sentencia 2014 de los tertulianos, derivando de la misma la dependencia; parecía olvidada, y se ha vuelto a considerar (sentencia traductores 2017) entre los rasgos de delimitación de la figura del trabajador asalariado frente al autónomo. Pero, aunque haya una empresa cliente interpuesta, en la que puede quedar integrado el sujeto que presta el servicio, ello no quiere decir que siempre se trabaje o preste el servicio en régimen de dependencia organizativa, y tampoco siempre en régimen de dependencia económica.

Se utiliza también la acepción de ajenidad en la titularidad de la organización empresarial (de la que deriva la integración del trabajador en la organización de trabajo de otra persona que es quien programa la actividad del trabajador; y que se deduce en muchos casos de la pertenencia al empresario de los medios de producción empleados en la ejecución del servicio). En el fondo se trata de discernir y diferenciar entre el desarrollo de la actividad empresarial (sus medios y soportes) y el desarrollo de la prestación de servicios del trabajador para la

⁵⁴ Como la fijación de precios o de tarifas; vid., entre otras, STS 16 de noviembre de 2017, Rec.2806/2015

empresa; son aspectos que se presentan en planos diferentes y que deben separarse claramente porque en discusión no está el primero, sino el segundo.

Lo que además exige atender a las características del trabajo realizado en aquellos casos en los que hay un soporte material/inmaterial, que en terminología tradicional se denominan herramientas de trabajo y su propiedad. Pongamos el ejemplo de la economía de plataformas digitales y preguntémosnos si la herramienta principal de trabajo es el medio de transporte (bicicleta, moto...), o el móvil, cuya propiedad son del trabajador; o por el contrario la aplicación informática de titularidad empresarial. Debiendo determinar el valor principal o secundario (o auxiliar) que tienen aquellas, las de propiedad del trabajador, para la actividad personal de quien presta el servicio. Recuérdese que, desde la sentencia de los mensajeros, habrá que determinar si el trabajador es titular de los medios necesarios y esenciales para desarrollar su actividad (en cuyo caso no parece que haya laboralización), aunque esos medios puedan considerarse que tienen un valor inferior a otros que permitan el desarrollo de la actividad empresarial. O, por el contrario, si el trabajador aporta herramientas o medios de producción que solo tienen carácter auxiliar o secundario para su actividad personal o cuando carezcan de entidad económica suficiente para convertir al prestador de servicios en titular de una explotación empresarial. Lo que, de nuevo en relación con el supuesto de las plataformas digitales de reparto, ¿quién aporta los medios principales para ejecutar el servicio subyacente?

Si convenimos que el elemento o rasgo esencial de laboralidad es la dependencia personal, organizativa, o subordinación; no la dependencia económica, surge la duda de su definición precisa para, posteriormente, constatar su existencia (o su ausencia) conforme a los indicios o medios de exteriorización. Nos recordaba el voto particular de la STS de 2014 sobre “tertulianos”:

“Es cierto que se fija el tema a debatir y hay un horario del programa en el que se tiene que estar disponible para establecer una conexión. Pero esto no es un elemento de dependencia, sino que forma parte de las obligaciones de coordinación que son propias de todos los contratos de colaboración, desde el contrato de transporte hasta el de obra. Incluso en el encargo de una conferencia o de un artículo se fija normalmente el tema y el tiempo de realización o de entrega”.

La indefinición legal ha propiciado que vaya calando el que se dice proceso de flexibilización, espiritualización; o la interpretación finalista y pragmática, o, en fin, la reelectura flexible matizada; pero hay que responder a si en todo caso se ha de concluir la necesidad de reconfigurar o readaptar el requisito de dependencia o de subordinación. Aun cuando se alzan voces a favor de esta solución, debe afirmarse que el requisito de la dependencia ni está superado ni requiere de actualización o reformulación. Una cosa es la actualización de los requisitos y otra,

diferente, la actualización de los indicios o vías de exteriorización⁵⁵ acompañada a los cambios derivados de avances tecnológicos y organizativos en el trabajo, a los que tal vez se haya dado excesiva importancia en su virtualidad transformadora para avanzar soluciones en los conflictos de calificación jurídica que hasta la fecha se han producido. No cabe a nuestro juicio utilizar como indicio de dependencia la propia definición de dependencia, inserción del trabajador en la organización del trabajo y ausencia de organización por parte del trabajador; ni abogar por la flexibilización de la misma hasta desnaturalizarla⁵⁶, esto es transformarla en un criterio vacío desde la perspectiva técnico-jurídica para reconvertirlo en un criterio económico, el de la dependencia económica.

Si la dependencia tiene un sentido técnico-jurídico enfocado en la organización, dirección, programación del trabajo por el empresario, cabe seguir entendiendo que se define a partir del triple criterio de control, dirección y ejercicio del poder disciplinario por quien recibe el servicio (la triple acepción que define el poder contractual de organización del empresario). Y sobre estos aspectos hay que seguir indagando en su significado, de modo que, en lo que respecta al control, y constatando que éste admite modos de ejercicio diferentes a los tradicionales, habrá que valorar ahora los que se aparecen como más novedosos, el uso de la geolocalización, trazabilidad (valoración reputacional por el cliente) y algoritmos. Sobre la geolocalización, la duda es si es un mecanismo de exteriorización de la actividad de organización y control empresarial o, por el contrario, refleja en todo caso la organización y control de la actividad del propio trabajador, debiendo además en este caso, valorar si su uso es o no obligatorio. Sobre el sistema de evaluación del trabajo externo a través de la valoración de los usuarios (clientes o usuarios finales), que cada vez se refleja más en aquellas actividades en las que hay un servicio directo por parte del trabajador hacia el usuario final o consumidor, se habrá de indagar si es un método de control indirecto de la ejecución del trabajo de efectos tan o casi tan eficaces como cualquier otro mecanismo de control directo o, por el contrario, es un mecanismo de valoración de la propia actividad empresarial que se ofrece al usuario final. Sobre los algoritmos, se habrá de valorar si hay o no una “delegación de decisiones empresariales a programas informáticos que, dotados de enormes capacidades, pueden realizar razonamientos programados de rendimiento y calidad de servicios y de ejecutar estas decisiones”⁵⁷, de modo que pueda definirse sin fisuras un “trabajo bajo gestión algorítmica”⁵⁸,

⁵⁵ O la revisión de sus signos de exteriorización, como indicaba PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pp.40-41

⁵⁶ Al respecto, MONTOLYA MELGAR, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, REDT, núm.91, 1998, p.714

⁵⁷ AGOTE EGUIZABAL, R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IusLabor*, núm.1, p.5

Por lo que refiere al poder directivo y a la manifestación a través de instrucciones, se habrá de valorar con precisión si puede ejercerse de modo más relajado o menos intenso, y en este caso, hasta dónde el menor nivel de intensidad. Si hablamos de instrucciones o indicaciones recibidas para ejercer el trabajo debido (ya se sabe, compatible con la autonomía técnica del trabajador altamente cualificado), debe tenerse en cuenta que en ocasiones las que tienden a concretar el objeto del contrato pueden no diferir de las que puede recibir un autónomo coordinado o hetero-organizado (cuando por ejemplo, la prestación está predeterminada por la consecución de un resultado cierto y la retribución condicionada por éste). Si se diferencian en términos de grado o nivel, y en la dependencia laboral se estima que debe darse un paso más que la mera concreción del encargo, habrá que determinar los términos en que cabe considerar que existe la precisión requerida o, por el contrario, solo hay una mera recomendación, orientación o indicación, y en este sentido, si hay un margen de libertad real en el prestador del servicio para cumplirlas o no; lo que, inmediatamente, conecta con las posibles penalizaciones previstas para el caso de que no las cumpla.

5. Sobre los medios de exteriorización de los rasgos de laboralidad o extralaboralidad

Recordemos que, entre otras, la STS de 20 de enero de 2015, Rec.587/2014, afirmaba que en la resolución de los casos litigiosos ha de recurrirse con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a *un conjunto de hechos indiciarios de una y otra (de la ajenidad y de la dependencia)*.

Se trata, por tanto, de un método no axiomático sobre los rasgos sustanciales de laboralidad, que requiere fijar con precisión los hechos relevantes acreditados en cada caso; describirlos como vías exteriorización de esos requisitos; valorar su fuerza o consistencia, graduándolos y determinando si son fuertes o consistentes o meramente orientadores de los requisitos. Porque junto a ellos habrá que contraponer los que denotan o pudieran exteriorizar la ausencia de esos requisitos.

De modo que el método es abierto y flexible porque los indicios o signos de exteriorización mutan, cambian, según la realidad y las circunstancias concretas en relación con el modelo de negocio y la forma de organización del trabajo.

⁵⁸ ALEX, R. and STARK, L.: "Uber's Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work" (October 15, 2015), puede consultarse es http://www.123starcab.net/Download/Rosenblat_Stark_Uber%E2%80%99s%20Drivers%20Information%20Asymmetries%20and%20Control%20in%20Dynamic%20Work.pdf

Requiere valorar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, lo que, aún con dosis de discrecionalidad, exige una apreciación conjunta, no selectiva o de espiguelo. El que el método no sea axiomático no significa que se pueda utilizar de modo que, en la realidad, se invalide por el intérprete que lo utiliza ante la imprecisión legal y con la finalidad, teórica, de alumbrar claridad y precisión. Si ello es así, habrá que ser consecuente con el resultado que arroje la operación de peso o contrapeso de los indicios existentes, en pro o en contra de la laboralidad. Si, puestos por un lado los que exteriorizan laboralidad y por otro los que manifiestan extralaboralidad, resultara la quiebra de uno de los caracteres esenciales, habría que concluir sin ambages que la relación no es laboral. Dicho de otra forma, el método utilizado en aras de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, requiere que la operación valorativa sea, como gráficamente ha expresado la doctrina, bidireccional⁵⁹.

Es habitual que en el método se introduzcan varios elementos diferenciadores de los indicios o hechos concurrentes en el supuesto concreto.

Se distingue por la jurisprudencia entre indicios comunes o más habituales de dependencia/ajenidad, en tanto que aplicables a la generalidad de las actividades o trabajos⁶⁰ cuando éstos presentan rasgos clásicos o tradicionales en la organización del trabajo. E indicios específicos, propios de ciertas actividades laborales o profesionales con peculiaridades en el sistema organizativo (en este sentido, por ejemplo, STS de 8 de febrero de 2018).

Se diferencia también entre indicios relevantes/no relevantes, en este caso entendiendo que lo son porque o bien son marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza o consistencia. Lo que evidencia, con claridad, que haya qué preguntarse por el criterio que define la marginalidad o la razón por la que unos tienen más fuerza que otros. Si, por ejemplo, nos preguntamos por el valor que

⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: “El concepto de trabajador...”, cit., p.36 y ss.

⁶⁰ Cabe extraer de la jurisprudencia los “indicios clásicos de laboralidad”, siguientes: Serían indicios de subordinación la sujeción del trabajador a horario fijo, su adscripción a un centro de trabajo habitual de la empresa, la integración en la estructura organizativa o en el organigrama jerárquico empresarial y el sometimiento a órdenes o instrucciones, o bien a mecanismos de supervisión del trabajo, por parte del propio empresario o de personas en quien este delegue. Igualmente, la obligatoriedad de aceptación por el trabajador de las encomiendas de trabajo realizadas por la empresa jugaría como indicio de subordinación, por contraste con la libertad de aceptación o rechazo de encargos, que se considera propia del trabajo autónomo.

La existencia de una remuneración periódica fija se entiende como indicativa de ajenidad, a diferencia del pago por resultado, que se considera más habitual en el trabajo por cuenta propia, aunque no necesariamente excluiría la calificación como laboral de la relación. De modo similar, el suministro de las materias primas, herramientas o útiles de trabajo por la empresa indicaría ajenidad, mientras que su aportación por el mismo trabajador sería en general lo usual en el trabajo por cuenta propia, aunque tanto en el trabajo asalariado como en el trabajo autónomo pueda haber excepciones a ese patrón general.

Por último, el trabajo en régimen de exclusividad para un único empresario se toma como “indicio de laboralidad”, por cuanto puede ser denotativo tanto de subordinación como de ajenidad en la prestación de servicios.

tiene el usar o no la misma vestimenta que el personal de la persona, o que en la empresa haya trabajadores por cuenta ajena junto a los contratados como no asalariados; o en fin, que los trabajadores porten elementos de la marca de la empresa, podríamos convenir que en ocasiones no se presentan como indicios relevantes. De nuevo aquí, contraposición relevancia/irrelevancia exige valoración rigurosa atendiendo al sentido bidireccional, sin que quepa una interpretación tan discrecional que en la realidad se demuestre que los indicios utilizados son dúctiles y vacuos y que el sistema o test utilizado en torno a los que se dice indicios “tradicionales” tiene solo un valor orientativo.

O, en fin, emerge la diferencia entre indicios clásicos y nuevos de dependencia / ajenidad. Y sobre todo el valor que haya de darse a estos nuevos, a los que se caracteriza como necesarios para acompasar los requisitos de laboralidad a las nuevas realidades y formas de trabajo. ¿Cuáles sean éstos y qué deben exteriorizar en relación con la prestación de servicios?. ¿Qué indicios han perdido funcionalidad y en relación con qué tipo de actividad?. Se habla en este nuevo contexto de los que exteriorizan una inserción difusa en una esfera ajena de programación y organización de la actividad o de los que manifiestan la existencia de dirección y control de la actividad aunque no se ejerza de modo “incisivo” pero haya por la empresa el poder de disposición sobre la ejecución del trabajo

Estos indicios nuevos se confrontan con los tradicionales, respecto de los que se aprecia su cambio o mutación. En relación con la dependencia, hay dos parámetros en relación con la prestación de servicios, el temporal (horario y jornada predeterminados por el empresario; habitualidad, frente a la escasa o breve duración) y el locativo, (lugar de trabajo en locales del empresario o donde éste indique), que se han venido estableciendo como indicios relevantes de laboralidad. El indicio clásico de dependencia en relación con el tiempo de trabajo se relaja en muchos casos; por ejemplo, se admite que no haya horario fijo cuando, como ocurre en la STS de 16 de noviembre de 2017, se afirma que ese horario “éste viene impuesto por las necesidades de los organismos que solicitan a la empresa servicios de traducción e intérprete, fijando el día, hora y lugar al que el mismo ha de acudir”. Lo que significa considerar irrelevante de la ausencia de laboralidad el hecho de que no haya jornada y horario preestablecidos. Si ello es así, la libertad del prestador de servicios para decidir sus tiempos de trabajo -configurada en una visión estricta de dependencia como reveladora de autonomía- se traduciría en un hecho compatible con la calificación de laboralidad de la relación. Y, en definitiva, se habría pasado de definir un indicio relevante a ser meramente orientativo.

Se considera relevante de ausencia de ajenidad la utilización de *medios propios* en la realización de la actividad. Así se advierte, por ejemplo, en la STS de 7 de noviembre de 2017, cuando se indica expresamente que “aportan instrumental propio (cuyo mantenimiento soportan)”. Pero también se expresa, STS de 16 de noviembre de 2017 (Traductores e intérpretes) que “no impide la calificación de

laboral de la relación el hecho de que la empresa no facilitase medios materiales al actor ya que, dadas las características del trabajo que realizaba -traducción e interpretación descansa fundamentalmente en el elemento personal, careciendo de relevancia los medios materiales”.

Aún cuando el método sea calificado de abierto en su manifestación y en su valoración⁶¹, debe orientar claramente hacia la igualdad y seguridad que requieren todos los actores, las empresas y los trabajadores, y para aquellas, cualesquiera que sea el modelo de negocio por el que han adoptado. De modo que en su aplicación se ha de procurar:

Uno, contener el proceso de “espiritualización” de la noción jurídica de dependencia para no desembocar en la desnaturalización del concepto que le haga perder en la práctica valor definidor y diferenciador. Por mucho que se siga afirmando formalmente que es el requisito esencial.

Dos, asumir el resultado del peso que en el caso concreto tengan los indicios de laboralidad o de no laboralidad presentes en la relación jurídica de prestación de servicios. La nula eficacia de la ausencia de alguno de los indicios de laboralidad se resuelve, en muchas ocasiones, por el fácil expediente de calificar los indicios inexistentes de laboralidad como secundarios o no relevantes.

La interpretación pragmática, finalista, flexible que se dice de la adaptación de los signos de exteriorización a las nuevas realidades con la finalidad de expandir el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo y encajar la prestación de servicios retribuidos en los confines del contrato de trabajo, con un enfoque de “gran angular”, debe orientarse equilibradamente con un enfoque técnico-jurídico. Es cierto, como se advierte en resoluciones judiciales españolas y en otros países (en concreto, en lo que respecta a la realidad del trabajo en plataformas digitales) que pudiera convenirse en la necesidad de orientar hacia la tutela jurídica del autónomo cuando éste también está en una posición de vulnerabilidad o desequilibrio económico, pero en modo alguno corresponde a jueces y tribunales forzar la inclusión en el molde del contrato de trabajo. Es ésta una cuestión que, en su caso, ha de resolver el legislador.

⁶¹ GOERLICH PESET, J.M^a y GRACÍA RUBIO, M^a.A.: “Indicios de autonomía....”, cit., p.38.

RESUMEN

La cuestión relativa a la frontera de laboralidad y no laboralidad del trabajo prestado por una persona con finalidad económica (de subsistencia personal y familiar) en beneficio de otra a cambio de su remuneración bien puede ser considerada atemporal o intemporal y universal.

Atemporal, porque es uno de los “compañeros de viaje” en la evolución del Derecho del Trabajo en sentido estricto. Calificábamos el problema como “universal” porque está permanentemente abierto, permanentemente debatido y discutido en todos los sistemas jurídicos, tanto los de common law y sus influencias como en los continentales o de civil law; ocupa y preocupa a todos los actores y operadores jurídicos, también por supuesto a la dogmática laboralista española y foránea

La ordenación legal en nuestro país ha necesitado de la combinación en su justa proporción de la construcción sistemática y conceptual por el fin del Derecho y su finalidad y su realización práctica; es decir, el discurso dogmático ha necesitado de la jurisprudencia, trascendiendo también ésta desde su utilidad para la solución de casos y problemas concretos, a su valor en la configuración de aquellos que definen las instituciones centrales de nuestra disciplina. Desde esta perspectiva, precisamente por la definición abierta de los presupuestos normativos, y partiendo de los rasgos o indicios que concurren en la prestación de servicios concreta, se ha aplicado –como es habitual en otros ordenamientos jurídicos nacionales- el que se conoce como método indiciario (el indicio aquí es el hecho o suma de hechos ciertos y relevantes) en torno a cada uno de los elementos estructurales que definen el concepto legal de trabajador asalariado, en particular, la dependencia. Método que debe tender equilibradamente y de forma ponderada a la delimitación porque si las fronteras son excesivamente amplias, flexibles, quedaría de tal modo evanescido ese rasgo estructural que acabaría siendo un mero elemento formal, sin virtualidad y eficacia jurídica alguna. Lo que, en definitiva, y concluyendo, el excesivo casuismo pudiera poner entredicho la fiabilidad jurídica del método indiciario y la desnaturalización de la institución central del Derecho del Trabajo en nuestro sistema, el contrato de trabajo.

ABSTRACT

The question of the labour and non-labour frontier of work provided by one person for economic purposes (personal and family subsistence) for the benefit of another for remuneration may well be considered timeless and universal.

Timeless, because it is one of the "travelling companions" in the evolution of Labour Law in the strict sense. We qualified the problem as "universal" because it is permanently open, permanently debated and discussed in all legal systems, both common law and its influences as well as continental or civil law; it occupies and

worries all legal actors and operators, also of course the Spanish and foreign labour dogmatics.

The legal order in our country has needed the combination in its fair proportion of the systematic and conceptual construction and its purpose and its practical realization. The dogmatic discourse has needed of the jurisprudence, transcending also this one from its utility for the solution of concrete cases and problems, to its value in the configuration of those that define the central institutions of our discipline. From this perspective, precisely because of the open definition of the normative presuppositions, and starting from the features or indications that concur in the provision of specific services, what is known as the *indiciary method* (the indication here is the fact or sum of certain and relevant facts) has been applied around each one of the structural elements that define the legal concept of employee, in particular, dependency. A method that must aim at delimitation in a balanced and weighted manner, because if the borders are excessively wide and flexible, this structural feature would be avoided in such a way that it would end up being a mere formal element, with no virtuality and no legal effectiveness whatsoever. What, in short, and concluding, the excessive *casuism* could call into question the legal reliability of the index-linked method and the distortion of the central institution of Labour Law in our system, the employment contract.